



 **FACULDADE DE DIREITO**
UNIVERSIDADE DO PORTO

A LEGITIMIDADE DO TITULAR DE UM CRÉDITO LITIGIOSO COMO REQUERENTE NA INSOLVÊNCIA

EDUARDO LUÍS GUERRA DE SOUSA CAMPOS

Trabalho realizado sob a orientação do Professor
Doutor Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

RESUMO

Versando sobre um aspecto específico e delimitado do direito da insolvência, o estudo que ora apresentamos à comunidade académica sob a égide da venerável Faculdade que nos fez juristas prefigura-se de extrema relevância prática, ao mesmo tempo que a sua dilucidação convoca à argumentação a caracterização e análise holística do processo judicial de insolvência.

O *thema decidendum* do presente trabalho consiste em saber se o titular de um crédito litigioso pode ser enquadrado no conceito de credor que nos dá o artigo 20º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

A resposta, apesar da aparente clareza de tal norma, não se afigura, de *iure constituto*, inequívoca.

Tanto assim que, como se dará conta, a sua interpretação tem dado azo a uma evidente e abundante disparidade jurisprudencial, sendo que, por seu turno, a doutrina ainda não se dedicou a tratar o tema de forma sistemática.

Por essa razão, a fonte do estudo ora em resumo centra-se, essencialmente, na fundamentação de decisões judiciais dos tribunais superiores que se viram na necessidade de, directa ou indirectamente, ponderar a questão colocada.

Perfilam-se essencialmente duas teses: uma que sustenta a falta de legitimidade do titular do crédito litigioso (que denominámos *tese da legitimidade restrita*); outra que a admite (*tese da legitimidade ampla*).

A primeira tese é tributária da corrente (ainda não ultrapassada) que sustenta que o credor requerente da insolvência tem de estar munido de um título executivo, sob pena de se por em causa a ideia de segurança jurídica.

A segunda, percepção o processo de insolvência como um processo especial a que subjaz o princípio da suficiência e que comporta segmentos declarativos e executivos, com as suas funções e com os seus caracteres próprios.

Sopesados os argumentos que a se perfilam entre os defensores de uma e de outra, somos levados a concluir que não vislumbra, nem na letra nem no espírito da lei razões que coarctem o direito de acção ao credor pelo facto de o seu invocado crédito ser controvertido.

A conclusão a que chegámos estriba-se na constatação de que a fase declarativa do processo judicial de insolvência não constitui uma acção declarativa com vista à condenação do requerido no pagamento do crédito invocado pelo requerente (tão-pouco se confunde com uma execução singular, visando a cobrança coerciva desse crédito); antes tem como escopo a declaração de um estado de insusceptibilidade de cumprimento das obrigações vencidas do requerido.

Alicerça-se ainda na convicção de que o intérprete e o aplicador do Código, em face do objectivo último do processo de insolvência (a tutela dos direitos do credor) e da importante função económica e social que o mesmo encerra (de expurgar do giro comercial devedores relapsos), deverá adoptar a interpretação que mais eficazmente satisfaz tais propósitos, os quais, afinal, constituem o escopo da Lei.

Assim sinopticamente descrito o objecto e resultado da nossa investigação, ficamos na expectativa de que mais e melhores contributos académicos sejam desenvolvidos sobre o tema, sempre na contínua esperança – prática e científica – de uma cada vez mais justa interpretação do Direito.

ABSTRACT

Dealing on a specific and bordered aspect of the law of insolvency, the study thus presented to the academic community beneath the aegis of the College that made us jurists presents extreme practical relevance, while its dissection summons to the argumentation the characterization and holistic analysis of the insolvency judicial proceeding.

The *thema decidendum* of the present work consists in knowing if the titular of a litigious credit may be framed in the concept of creditor that the 20th article of the *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas* predicts.

The answer, despite the apparent clarity of such a standard, it is not, in what *iure constitutio* concerns, unequivocal.

So much so that, its interpretation has given rise to an obvious disparity and abundant jurisprudential contributes. In turn, the doctrine has not been dedicated to addressing the issue systematically.

For this reason, the source of the study now in summary focuses mainly on the basis of judgments of superior courts who were in need to, directly or indirectly, ponder the question.

Profiled are essentially two arguments: one that sustains the lack of legitimacy of the creditor's litigation (which we call the legitimacy thesis restricted); other that admits it (broad theory of legitimacy).

The first thesis is in favor of the one (not yet passed) which claims that the applicant maintains that the creditor in bankruptcy must be provided with an enforceable, otherwise it would call into question the idea of legal certainty.

The second one, perceives the insolvency proceedings as a special process that underlies the principle of sufficiency and that includes declarative and coercive segments, with their duties and their own particularities.

Weighed the arguments that are emerging between the proponents of one and another thesis, we are led to conclude that no sight, either in letter or in the spirit of the law that stifle the right reasons for action by the lender which invokes a disputed credit.

The conclusion reached is grounded on the fact that the declarative stage of the bankruptcy proceeding is not an action for declaratory relief in order to sentence the defendant to pay the credit claimed by the applicant (nor to be confused with a single run in

order forced recovery of the claim), but the declaration is scoped to a state of fulfillment of obligations incapable of being overcome by the defendant.

It is also founded on the belief that the interpreter and enforcer of the statute, in the face of the ultimate goal of the insolvency proceedings (the protection of creditor rights) and the important economic and social role that it embodies (to purge the debtors turnover relapses), should adopt the interpretation that most effectively meets these goals, which, after all, are the scope of the Law.

Thus, synoptically described the object and result of our investigation, we are hoping that more and better academic contributions are developed on the subject, always in continual hope - the practical and scientific - to the law's fair interpretation.

ÍNDICE

A) INTRODUÇÃO	6
B) ARTIGO 20.º DO CIRE - LEGITIMIDADE (PROCESSUAL E SUBSTANTIVA)	9
C) A QUESTÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	13
D) TESE DA LEGITIMIDADE RESTRITA	14
E) TESE DA LEGITIMIDADE AMPLA	22
F) POSIÇÃO ADOPTADA	28
G) O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA COMO PROCESSO ESPECIAL	29
H) ESTRUTURA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA À LUZ DO CIRE	33
H.1) A tramitação do segmento declarativo do CIRE tendente à declaração de insolvência ..	33
H.2) A reclamação de créditos e a sentença de verificação e graduação de créditos.....	38
I) O DESIDERATO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA.....	40
J) CONCLUSÃO.....	42
BIBLIOGRAFIA.....	46

A) INTRODUÇÃO

Debruçamo-nos sobre a possibilidade de o titular de um crédito litigioso estar habilitado a assumir a posição de requerente no processo de insolvência.

O Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa¹ estabelece, de um modo aparentemente pacífico, que, para além do *devedor* (artigo 18.º do CIRE)² têm legitimidade para despoletar o processo de insolvência qualquer responsável pelas suas dívidas, qualquer credor e o Ministério Público (artigo 20.º do CIRE).

Diz-se crédito litigioso aquele “*direito de crédito que foi objecto de contestação em juízo, ainda que arbitral*”^{3 4}.

A questão a resolver é, pois, saber se um sujeito que, arrogando-se da qualidade de credor e alegando na sua petição inicial (artigo 23º do CIRE) – para além dos demais pressupostos genericamente previstos nos artigos 20º do CIRE – ser titular de um crédito que se mostre⁵ contestado em juízo, verás, ou não, a sua pretensão naufragar exclusivamente por força dessa vicissitude.

Por outras palavras: poderá o titular de um crédito litigioso ser enquadrado no conceito de credor que nos dá o artigo 20º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas?

A reflexão a que nos propomos no presente Relatório incide, pois, sobre um particular aspecto atinente à temática da legitimidade activa no processo de insolvência.

A resposta, como veremos, não se afigura, de *iure constituto*, inequívoca.

A doutrina, por seu turno – e não obstante a já significativa disparidade jurisprudencial⁶ que se constata sobre o tema e de que daremos conta – ainda não se dedicou a tratar o tema de

¹ Aprovado pelo Decreto-Lei 53/2004, de 18 de Março. De ora em diante designado por CIRE ou Código.

² O devedor tem mesmo a obrigação de se apresentar à insolvência dentro do prazo de 60 dias a contar do conhecimento da situação da insolvência (tal como definida no nº1 do artigo 3º do CIRE) ou do momento em que devia conhecê-la.

³ ANA PRATA, Dicionário Jurídico, Vol. I, Almedina, 5ª Edição, 2008 p. 407.

⁴ Nos termos do nº 3 do artigo 579º do Código Civil “*diz-se litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado*”.

⁵ Ou mesmo, para alguma jurisprudência, quando o crédito invocado se torna controvertido pela sua mera impugnação em sede de oposição (artigo 30.º do CIRE).

⁶ Com efeito, mal se percebe que o Supremo Tribunal de Justiça ainda não tenha sido triunfantemente convocado a proferir acórdão uniformizador de jurisprudência sobre o tema ao abrigo do artigo 14º do CIRE (no Acórdão de 24 de Junho de 2010, proc. 9184/07.6TBMTS-A.S1, disponível em www.dgsi.pt o S.T.J. recusou a pretensão por, quanto a nós discutivelmente, considerar não estarem preenchidos todos os pressupostos formais para tanto).

forma sistemática, não obstante se poder já retirar ou intuir posicionamentos dos manuais de referência sobre o direito da insolvência.

Em jeito introdutório e sinóptico dir-se-á que a fundamentação que subjaz à argumentação que sustenta a falta de legitimidade do titular do crédito litigioso (que neste trabalho denominamos *tese da legitimidade restrita*) percepção o processo insolvencial exclusivamente como uma execução universal e é tributária da corrente (ainda não ultrapassada) que sustenta que o credor requerente da insolvência tem de estar munido de um título executivo, ou, no mínimo, que o crédito invocado tem de ser certo, líquido e exigível. Adicionalmente, aduz-se a problemática da contradição de julgados (entre a sentença a proferir na acção em que o crédito foi posto em crise e a sentença de declaração de insolvência) e que o crédito litigioso se deve considerar inexistente (situação que, inclusivamente, leva determinada jurisprudência a considerar que se está perante uma situação de ilegitimidade *ad causam*).

De outra banda, a justificação de uma *legitimidade ampla* – para além da rejeição dos argumentos alinhados em sentido contrário – radica na percepção do processo de insolvência como um processo especial a que subjaz o princípio da suficiência e que comporta segmentos declarativos e executivos, com as suas funções e com os seus caracteres próprios. Mas, acima de tudo, ancora-se na constatação de que a resposta positiva à pergunta que acima formulámos é a que mais bem coaduna com o “...*objectivo precípua de qualquer processo de insolvência*”, ou seja “...*a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores*”⁷.

O objecto escolhido, não obstante a sua estrita delimitação, prefigura-se de extrema relevância prática ao mesmo passo que a sua dilucidação convoca à argumentação a caracterização e análise holística do processo judicial de insolvência.

A relevância prática a que nos reportamos é a da importância do dia a dia, da realização da Justiça. Num sentido lato porque a aplicação do direito não se pode compadecer com tamanhas indecisões e contradições sobre um ponto tão simples mas tão fulcral como é o assunto em estudo. Num sentido estrito porque, e adiantando-nos às conclusões a que cremos que se irá chegar, a justiça reclama, também para o credor da hipótese em apreço, uma tutela efectiva dos interesses egoísticos que prossegue com o pedido de declaração de insolvência do devedor.

⁷ Citado do preâmbulo do CIRE.

A dificuldade exegética que convoca a necessidade de uma análise alargada ao processo judicial da insolvência funda-se sobretudo na constatação de que, apesar de a legitimidade do credor enquanto legitimado a requerer a declaração de insolvência estar positivamente consagrada com aparente simplicidade no Código, se descobre ser, afinal, extremamente dúbia e desencontrada a interpretação jurisprudencial desse preceito legal e de ser (praticamente) omissa o contributo doutrinário emprestado à questão.

Assim, num primeiro momento e ainda à guisa de enquadramento no tema, far-se-á uma incursão pelos conceitos centrais, em análise às normas do CIRE que directamente regulam a questão, *maxime* o seu artigo 20º.

Seguidamente, e acompanhando a mais abundante fonte sobre o tema (a jurisprudência), explanar-se-ão, criticamente e de forma separada, as ordens de razão que sustentam o que intitulámos de teses da *legitimidade restrita* e da *legitimidade ampla*.

Chegados a esse ponto, tomaremos posição e dedicar-nos-emos, em ordem a fundamentar as conclusões, à análise da tramitação, da estrutura e da função do processo de insolvência no que tange com a problemática em contenda.

B) ARTIGO 20.º DO CIRE - LEGITIMIDADE (PROCESSUAL E SUBSTANTIVA)

O primeiro sujeito (em termos sistemáticos e ontológicos) a quem o Código atribui para legitimidade para requerer a insolvência é o próprio devedor, nos termos prescritos nos seus artigos 18º e 19º.

Não é este o campo em que ora nos movemos, por estarmos interessados naqueles casos em que é um credor do requerido que intenta a acção com vista à declaração da sua insolvência.

Para esta hipótese regula o artigo 20.º do CIRE, no corpo do seu nº 1 que *“a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados”*.

A iniciativa processual para o desencadear do processo de insolvência, sendo obrigação do devedor e uma faculdade atribuída a todos os *interessados* constantes da norma citada, resulta da constatação de que o legislador teve em mente que o êxito do processo de insolvência (a satisfação dos direitos dos credores, que à sua escolha se fará através da liquidação ou da recuperação) será tão maior quanto mais precocemente for decretado o estado insolvencial do devedor.

Neste contexto, e de molde a promover a diligência dos credores, concorre também o artigo 97.º do CIRE (em especial as alíneas a) e b) do seu nº 1) que, ao estabelecer a *“extinção de privilégios creditórios e garantias reais”* relativos aos créditos do Estado constituídos ou vencidos há mais de doze meses antes da data do início do processo estimula a atenção e reacção dos credores à situação patrimonial dos seus devedores, no sentido em que, quanto mais cedo for detectada a situação de insolvência maior será a probabilidade de recuperação dos créditos de que são titulares, pois que evitará o acumular de créditos que, no confronto com o seu, serão graduados acima aquando do rateio.

Na mesma senda, o artigo 98.º do CIRE atribui um privilégio creditório mobiliário ao credor que requeira a insolvência.

Igualmente relevante e inovador no CIRE é a expressão “*qualquer credor, ainda que condicional*” constante do corpo do n.º 1 do seu artigo 20.º, atribuindo legitimidade aos titulares de créditos condicionais, tal como definidos no artigo 50.º do Código.⁸

Ainda demonstrativo do estímulo à iniciativa dos credores é a alínea g) do n.º1 do artigo 20.º do CIRE, que considera presumida a insolvência do devedor logo que se constate o “*Incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas de algum dos seguintes tipos:*

i) Tributárias;

ii) De contribuições e quotizações para a segurança social;

iii) Dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da violação ou cessação deste contrato;

iv) Rendas de qualquer tipo de locação, incluindo financeira, prestações do preço da compra ou de empréstimo garantido pela respectiva hipoteca, relativamente a local em que o devedor realize a sua actividade ou tenha a sua sede ou residência;

h) Sendo o devedor uma das entidades referidas no n.º 2 do artigo 3.º, manifesta superioridade do passivo sobre o activo segundo o último balanço aprovado, ou atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas, se a tanto estiver legalmente obrigado.

Com efeito, e ainda em análise ao n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, há que ter em conta que este normativo estabelece, para além da posição subjectiva do requerente não devedor, condições objectivas nas oito alíneas, as quais elencam diversos “*factos-índices*” que se têm como “*presuntivos*” da situação de insolvência.

É, de resto, a alegação e prova⁹ de alguma (pelo menos uma) dessas características prototípicas que fará operar a presunção (“*juris tantum*”¹⁰) de que o devedor se encontra constituído em situação de insolvência¹¹ e que determinará a respectiva declaração¹².

⁸ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2005, pág. 132, anotação 5 ao art. 20: Os credores condicionais serão os titulares de créditos sujeitos a condição, segundo o art. 50 do C.I.R.E. ou seja, “*aqueles cuja constituição ou subsistência se encontrem sujeitos à verificação ou à não verificação de um acontecimento futuro e incerto tanto por força da lei como de negócio jurídico*”.

“*A condição, nos termos do art. 270 do Código Civil., respeita a um acontecimento futuro e incerto do qual depende a eficácia do negócio jurídico ou a sua resolução. Trata-se de um elemento que respeita à eficácia e não exactamente à validade ou constituição do próprio negócio, pelo que é imprópria a formulação ínsita no mencionado art. 50 do C.I.R.E.*” (idem, ibidem, p. 237.).

Com efeito, iniciado o processo com a dedução do pedido de declaração de insolvência, na respectiva petição inicial devem ser “*expostos os factos que integram os pressupostos da declaração de insolvência*” – n.º 1 do artigo 23.º do CIRE-, sendo que “*o requerente deve justificar na petição a origem, natureza e montante do seu crédito, ou a sua responsabilidade pelos créditos sobre a insolvência, consoante o caso, e oferecer com ela os elementos que possua relativamente ao activo e passivo do devedor*” – n.º 1 do artigo 25.º do CIRE -, ficando ainda obrigado, nos termos do n.º 2 a “*oferecer todos os meios de prova de que disponha, ficando obrigado a apresentar as testemunhas arroladas, cujo número não pode exceder os limites previstos no artigo 789.º do Código de Processo Civil.*”.

Neste enfoque, o requerente que aduza na sua petição inicial a alegação da existência do crédito e que prove ou se proponha a provar a existência do mesmo assume a posição de parte legítima na demanda – é assim, parte legítima *ad causam*. Já o que se prende com a prova dos pressupostos alegados, *maxime* a existência do crédito em que fundamenta o pedido contende à legitimidade material ou substantiva.

Como é consabido e pacífico desde a reforma do Processo Civil de 1995/96, a legitimidade processual define-se, como regula o n.º 3 do artigo 26.º do Código de Processo Civil, por referência à relação material controvertida tal como é desenhada pelo autor na petição inicial, sendo as partes legítimas quando são elas os sujeitos da relação material controvertida tal como aí é alegada, e ilegítimas quando, em face do configurado pelo autor, se constate que as partes não são sujeitos da mesma.

“*Esta consagração legal reduz a ilegitimidade a um vício raro de académica configuração. Como sejam os casos em que A demanda B pedindo a condenação de C ou pedindo a condenação de B a pagar a D*¹³.”

⁹ Cujo o ónus de alegação e prova incumbem ao Requerente (cf. LUÍS M. MARTINS, *Processo de Insolvência*, Almedina, 2ª edição, 2010, p. 101 e 102 e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de /01/2011, proc. 1079/08.2TYLSB-B.L1-7, consultável em www.dgsi.pt).

¹⁰ A presunção da situação de insolvência pode ser elidida pelo devedor, em sede de oposição (artigo 30.º do CIRE).

¹¹ Vale por dizer, “*impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas*”, cf. define o n.º 1 do artigo 3º do CIRE, sob a epígrafe “*Situação de Insolvência*”.

¹² O que ocorre por a verificação de tais factos revelarem circunstâncias que “*pela experiência da vida, manifestarem a insusceptibilidade de o devedor cumprir as suas obrigações, que é a pedra de toque do instituto*” (LUÍS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, ob. cit, pág. 133, anotação 3 ao art.º 20.º).

¹³ cfr. CASTRO MENDES, in *Direito Processual Civil*, ed. Da AAFDL, 1978, 2º vol.p.170.” cit in Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17-07-2009, exarado no processo 6107/08.9TBVFR.P1, e disponível em www.dgsi.pt).

O objecto deste trabalho não se prende, portanto, com a legitimidade *ad causam* ou adjectivo-formal, mas sim com a legitimidade substantiva-material

Constata-se, porém, e como daremos nota, que subsiste ainda uma inexplicável confusão na percepção deste conceito em alguns acórdãos de Tribunais de recurso, a significar a sustentação da tese do indeferimento liminar por verificação da correspondente excepção.

Já a legitimidade material contende com a demonstração das condições subjectivas da titularidade do direito invocado para cuja aferição é necessária a apreciação do mérito da causa e cuja inverificação redundará na absolvição do pedido.

Situamo-nos neste ponto, e a pergunta a colocar será, muito simplesmente, saber se o requerente titular de um crédito litigioso é ou não credor do requerido e se, por consequência, lhe está ou não coarctada a possibilidade de pedir a declaração de insolvência do alegado devedor.

Centrada a problemática com este enfoque vejamos as posições que se perfilham, sobre a legitimidade do titular do crédito litigioso enquanto requerente da insolvência.

C) A QUESTÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Como já aflorado encontra-se na actividade jurisprudencial a principal fonte sobre o tema do presente Relatório.

Percebe-se que assim seja, à luz da realidade dialéctica da vida judiciária e da possibilidade que o artigo 35.º do CIRE (legitimamente) confere ao devedor de se opor ao pedido de declaração da sua insolvência contrapondo que o requerente que se arroga como credor o não é verdadeiramente.

E em casos como os de que aqui nos ocupamos é igualmente natural que a parte vencida pugne, em sede de recurso da sentença, pela *tese* que se afigura mais adequada à protecção dos seus interesses, contrapondo à decisão da primeira instância os argumentos e posições jurisprudências que, no sentido que lhes é útil, contrariam as decisões de que recorrem.

Faremos pois – antes de procedermos à tomada de posição sobre o assunto suportada na doutrina disponível e na análise crítica à luz da estrutura do Código e da sua *mens legis* – um périplo por algumas decisões dos Tribunais Superiores, dada a relevância prática e os ensinamentos que nelas se encerram, e, outrossim, para darmos conta da marcada dessintonia que se constata.

D) TESE DA LEGITIMIDADE RESTRITA

*“atribuir legitimidade a alguém que apenas se arroga ser credor, sendo certo que essa qualidade pode vir a não ser-lhe reconhecida, seria permitir que o requerente pudesse fazer uma utilização abusiva do processo de insolvência”*¹⁴

Da leitura da jurisprudência que se debruça sobre o artigo 20º e que dá resposta negativa ao problema em apreço flúem essencialmente duas ordens de razão, que no essencial se condensam na citação com que arranca este capítulo.

A primeira, prende-se com uma desconsideração da fase declarativa do processo especial da insolvência e do seu objectivo precípua (a verificação de uma situação de insolvência), dando relevo à vertente executiva e concursal do mesmo.

Esta perspectiva entronca, para além de uma certa ideia de segurança ou estabilidade jurídica, noutra ordem de razões que encontra ecos em aspectos garantísticos da posição do devedor, naquilo que se prefigura como uma reminiscência ainda tributária da visão pró-devedor/insolvente¹⁵ que enformava o Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência¹⁶.

Estas duas ideias subjazem à doutrina que dimanava do Supremo Tribunal de Justiça à luz do CPEREF, amiúde citada pela jurisprudência que limita a legitimidade do credor requerente: *“ao referir-se a crédito de qualquer natureza, o artigo 8º não está a considerar créditos litigiosos, quiçá hipotéticos quanto à sua própria existência. Caso contrário (..) estariam todas as sociedades em risco de poderem ser declaradas falidas a requerimento de alguém que, intitulado-se credor não o fosse na verdade, ou que, sendo credor, o fosse por uma quantia muito inferior à alegada, cujo incumprimento não seria, no caso concreto,*

¹⁴ In Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 3/12/2009, lavrado no processo 3601/08.5TJCBR.C1 e disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵ O CPEREF privilegiava o paradigma da falência- recuperação hoje vigorando o padrão falência - liquidação como referem em entre outros, CATARINA SERRA, *“A falência, a recuperação de empresas e o novo paradigma da insolvência – Uma Introdução”*, Almedina, 4ª Ed., 2010, pp. 18-19. OLIVEIRA ASCENSÃO, *“Efeitos Sobre os Negócios em Curso”*, Themis, Ed. Especial, Revista da Faculdade de Direito da UNL, 2005, que a p.106 refere que *“a recuperação passa a ser um enxerto subordinado e eventual no desenrolar da relação. (...) O CPEREF manifestava o que chamávamos ternura, desvelo, carinho pelo falido. A finalidade precípua parecia ser a de proteger o insolvente, de envolta com a meta na manutenção da empresa. Agora, é de reear que se tenha passado para o outro extremo.”*

¹⁶ De ora em diante, designado por CPEREF

*revelador da impossibilidade de o devedor satisfazer pontualmente a generalidade das suas obrigações.”*¹⁷

Também do Supremo e à luz do revogado Código, pode ler-se que “*A lei só permite a agressão do património do devedor se o credor estiver munido de um título executivo que constitua um mínimo de prova sobre aqueles pontos considerados suficientes para servir de base à acção executiva; não o possuindo o credor terá de principiar por propor uma acção declaratória destinada a averiguar a existência e falta de cumprimento da obrigação e a obter uma sentença condenatória (do devedor), que é o título executivo por excelência.*”¹⁸.

Ainda que esta proposição apenas residualmente seja, hoje em dia, acolhida pelos intérpretes do direito¹⁹, RAPOSO SUBTIL no seu *CIRE Anotado* faz seu o parágrafo que antecede a citação aproveitada a este aresto do Supremo referindo: “*para aferir da legitimidade, a obrigação tem de ser exigível pelo credor respectivo, ou seja, o crédito tem que estar na titularidade do requerente em termos de poder ser, na data do requerimento de insolvência, exigido ao devedor*”²⁰.

Na mesma obra pode ler-se que “*para efeitos de legitimidade do credor*” há que aferir se o requerente “*é titular de um direito subjectivo susceptível de avaliação patrimonial face a outrem que, por sua vez, está obrigado a satisfazer tal direito*”²¹.

Ainda nesta lógica de protecção mais garantística do devedor do que dos interesses dos credores perpassa uma interpretação da problemática que convoca o n.º 1 do artigo 3.º do CIRE, sustentando-se que o crédito do requerente, tem, pelo menos, de se mostrar certo, líquido e exigível no momento da propositura da acção.

É o que se propugna no Acórdão da Relação do Porto em que se diz “*é pressuposto objectivo do processo de insolvência apenas o incumprimento de obrigações vencidas, pelo que só a impossibilidade de cumprimento destas é susceptível de fundamentar o requerimento de insolvência por parte do credor.*”²²

¹⁷ Agravo 1763/02-1, cit in., entre outros, Acórdão da Relação do Porto de 28/04/2009, proc. 183/07.9TYVNG.P1, consultável em www.dgsi.pt

¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04/07/2002, proc. 02B277, in www.dgsi.pt.

¹⁹ Não obstante, como resulta da jurisprudência consultada, constata-se que a exigência de um título executivo como pressuposto da legitimidade activa do credor está ainda muito presente nas decisões das instâncias judiciais.

²⁰ RAPOSO SUBTIL, *CIRE Anotado*, Vida Económica, 2ª Edição, 2006, p. 96.

²¹ Idem, ibidem, pág. 106

²² Acórdão da Relação do Porto, de 20/04/2009, proc. 589/08.6TYVNG.P1, in www.trp.pt.

No mesmo sentido, e sumariando que “*Só têm legitimidade substantiva (e não legitimidade processual, já que a legitimidade para pedir a declaração de insolvência respeita à existência do direito invocado pelo requerente), para requerer a insolvência os credores com créditos vencidos e exigíveis – Cfr. arts. 3.º, n.º1, 20.º, n.º1 e 25.º, n.º1, todos do CIRE*” a mesma Relação de Porto deixou exarado que, “*Na verdade, o n.º 1 do Art.º 3.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa, prescreve que «é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas»; enquanto o n.º 1 do Art.º 20.º do mesmo diploma legal prescreve que “a declaração de insolvência pode ser requerida por qualquer credor que a não considere economicamente viável, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito”, sendo ainda necessária a invocação dos factos constitutivos de um dos factos-índice enumerados nas alíneas a) a g) do n.º 1 do mesmo art.º 20.º, que permitem presumir a insolvência do devedor.*”²³

Convocando a interpretação conjugada do artigo 20.º com o n.º 1 do artigo 3.º do CIRE sumariou a Relação de Coimbra²⁴ que “*I – O credor só pode requerer a declaração de insolvência do devedor se o montante do seu crédito sobre este se mostrar judicialmente reconhecível, pelo que o crédito deve ser certo, líquido e exigível.*

II – Carece de legitimidade para requerer a declaração de insolvência o requerente cujo crédito que serve de fundamento ao pedido de declaração de insolvência se mostra litigioso.”

Mais adiante na sua fundamentação, desenvolve-se o seguinte raciocínio: “*A lei atribui a legitimidade a qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do céu crédito. Perante a expressão «qualquer credor», não restam dúvidas de que o legislador escancarou as portas da legitimidade para requerer a declaração de insolvência aos credores em geral.*

Mas, há que não esquecer-lo, a primeira condição da legitimidade é a de ser «credor».”.

Este Acórdão, tomando consciência da celeuma jurisprudencial de que se dá conta no presente Relatório afirma que “*a posição que defende a ilegitimidade para requerer a*

²³ in Acórdão da Relação do Porto, de 05/03/2009, proc. 565/08.9TYVBNG, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴ in Acórdão da Relação de Coimbra, de 03/12/2009, proc. 3601/08.5TJCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

declaração de insolvência daqueles que se arrogam ser titulares de um crédito que é litigioso é a mais defensável.

Desde logo, quem se arroga titular de um crédito sobre alguém e esse crédito ainda não é certo e exigível, não pode ainda considerar-se credor do pretendo devedor. Só após o trânsito em julgado da decisão que ponha termo à acção em que tal se discute é que é possível dizer se o crédito existe efectivamente.

Nessas circunstâncias, atribuir legitimidade a alguém que apenas se arroga ser credor, sendo certo que essa qualidade pode vir a não ser-lhe reconhecida, seria permitir que o requerente pudesse fazer uma utilização abusiva do processo de insolvência. E este processo, pela sua forma especial que reveste, também não nos parece ser o local mais apropriado para se decidir sobre a existência ou inexistência do crédito.

Para concluir: “sendo o crédito litigioso, não pode afirmar-se, desde já, que a requerente é credora da requerida. Daí a ilegitimidade da requerente para formular o pedido de declaração de insolvência da requerida.”

Trata-se portanto e directamente do problema deste trabalho: a circunstância de o requerente ter, na pendência da acção declarativa, intentado acção de insolvência contra o alegado devedor (porventura porque, enquanto o processo declarativo *arrastava* os seus termos, lhe veio ao conhecimento factologia que preenchia os factos índice elencados nas diversas alíneas do artigo 20.º).

Mas que dizer se este mesmo requerente não tivesse optado pela via declarativa e se se tivesse socorrido, directamente, da Insolvência, alegando e propondo-se a fazer prova da existência do crédito? E se o crédito alegado, ao invés ter sido previamente contestado em acção autónoma, fosse impugnado pelo requerido em sede de oposição à petição de declaração de insolvência? O processo não seria “*o local mais apropriado para se decidir sobre a existência ou inexistência do crédito*”?

Responde a Relação de Lisboa²⁵, sustentando que: “*Não estando provada a existência do crédito dos requerentes nem por reconhecimento judicial, nem pelos requeridos perante os requerentes, não se pode ter o invocado crédito dos requerentes na presente insolvência como existente.*”

²⁵ Acórdão da Relação de Lisboa, de 05/06/2008, exarado no proc. 2526/2008-7, in www.dgsi.pt.

Quanto a este acórdão há que salientar três especificidades: a primeira é que resulta do probatório que o Requerente havia já visto decretado um arresto tendo por base o crédito alegado – o que reforça a potencialidade da injustiça no indeferimento e da paralisação do direito de acção do auto-denominado credor.

A segunda prende-se com o facto de que a Relação de Lisboa ter considerado que deveria ter *“sido liminarmente indeferido o pedido de declaração de insolvência, nos termos do art.º 27º, n.º 1 al. a) do C.I.R.E.”*

A terceira com a circunstância de que a acção principal (por referência ao arresto) não havia sido interposta (podendo não o vir a ser)... i.e., o crédito, na verdade, não só era, mesmo litigioso, antes se lhe somava um forte indício da sua existência, resultante do deferimento do arresto.

Pelo que, a bem dizer, o que esses autos relatam é a situação em que o credor, sem que o seu crédito houvesse sido previamente impugnado, lançou mão do processo de insolvência para despoletar os seus ulteriores termos.

Todavia, a Relação de Lisboa perspectivou assim a questão que tinha para decidir: *“sendo do direito do crédito dos requerentes no arresto um reconhecimento com base em fundamento tão frágil, e meramente provisório, e em tudo dependente do que na acção principal se vier a apurar quanto à sua existência, e não tendo esta sido intentada, e por conseguinte, não existindo qualquer sentença condenatória dos requeridos a pagarem aos requerentes o aludido crédito por o tribunal ter reconhecido a sua existência, não há, pois, qualquer reconhecimento judicial da sua existência*

E também não foi alegado, e portanto também não está provado, que os requeridos tenham perante os requerentes reconhecido (expressa ou tacitamente) o direito de citado direito de crédito (cfr. art.ºs 325º e 217º, n.º 1 do Cód. Civil).

Não estando provada a existência do crédito dos requerentes nem por reconhecimento judicial, nem pelos requeridos perante os requerentes, não se pode ter o invocado crédito dos requerentes na presente insolvência como existente. E se não existe, obviamente que também não estava vencido à data do pedido de insolvência.”

Para terminar dizendo que *“Portanto, não era necessário o processo ter seguido os seus posteriores termos após à apreciação liminar (art.º 27º do C.I.R.E.) e, muito menos, é*

necessário, como pretendem os requerentes, que o processo avançasse para julgamento da matéria de facto.”

No mesmo sentido, a Relação do Porto deixou consignado²⁶ que “...o crédito controvertido é “inexistente” – no sentido de não poder ser exigido –, até ser reconhecido, nomeadamente, por decisão transitada em julgado”.

Em situação similar (mas com a especificidade de o arresto ter sido decretado em apenso a uma acção laboral – com a peculiaridade que se subsume à obrigatoriedade de o trabalhador requerer a insolvência do empregador em ordem a poder socorrer-se do fundo de garantia salarial –) o Tribunal da Relação do Porto considerou estar-se perante uma situação de ilegitimidade processual, absolvendo a requerida da instância (quando na primeira instância, que declarara a ilegitimidade substancial do requerente, havia sido absolvida do pedido).

Lê-se nesse aresto²⁷: “*não obstante resultar dos autos a alegação de factos-índices, presuntivos da situação de insolvência da requerida, uma vez que a insolvência não pode ser decretada oficiosamente, fica para apreciação a situação em que se encontra a requerida reservada para análise noutra sede, ou seja, quando, eventualmente, venha a ser pedida a sua declaração de insolvência, pela apresentação da própria, por quem seja, de facto, seu credor, (v.g. pela própria requerente, caso venha a ter vencimento na acção que corre pelo Tribunal de Trabalho de Matosinhos), ou pelo MºPº.*

A presente situação poderia ter sido apreciada em sede de apreciação liminar, cfr. artº 27º nº1 al.a) do CIRE, pela verificação evidente de uma excepção dilatória, não suprível pela requerente, e obviamente teria levado ao indeferimento liminar da petição. Mas como tal não sucedeu, a questão deveria ter sido apreciada, posteriormente, em sede de saneamento do processo, já que se está perante uma questão de forma e não do mérito da causa. Em conclusão julga-se que a requerente não está legitimada para requerer a insolvência da requerida, cfr. artº 20º nº1 e 25º nº1, do CIRE, o que equivale a dizer que a mesma carece de legitimidade processual para esse mesmo pedido. A verificação da falta de tal pressuposto processual constitui excepção dilatória, cfr. artº 494º al. e) do C.P.Civil, e consequentemente dá lugar à absolvição da requerida da presente instância e não à improcedência do pedido de insolvência como foi considerado na decisão recorrida.”

²⁶ Acórdão da Relação do Porto, de 05/03/2009, já citado e identificado na nota 23 *supra*,

²⁷ Acórdão da Relação do Porto, de 20/04/2009, já citado e identificado na nota 22 *supra*.

Assim e em suma, deslinda-se, dentro da corrente que defende que o credor titular de um direito litigioso não tem legitimidade activa para requerer a insolvência do devedor, se alinham essencialmente os seguintes argumentos, não necessariamente cumuláveis:

- a) o requerente deve munir-se de um título executivo, pelo que, estando o mesmo a ser julgado noutra acção, o título não está formado.
- b) a mera impugnação do crédito na acção de insolvência torna-o litigioso, e, por consequência, inexigível;
- c) as regras gerais de competência, absoluta e relativa dos tribunais obstariam, em muitos casos, a que o conhecimento do crédito invocado pelo credor não pudessem ser dirimidas no processo de insolvência;
- d) o crédito tem de ser certo, líquido e exigível à data da propositura da acção, o que não se coaduna com o facto de o crédito ter sido impugnado em acção anterior à data do pedido de insolvência,

Tomando nesta fase uma posição perfunctória, dir-se-á que, na nossa perspectiva, as três primeiras ordens de razão não colhem, tanto por não se coadunarem com o espírito da lei, como porque esbarram na tramitação prevista no Código, que prevê a realização do julgamento dos factos alegados na p.i., entre os quais, claro está, a existência do crédito invocado pelo requerente.

Por outro lado, o itinerário lógico-jurídico dos acórdãos mais bem construídos a este propósito e que se subsumem à terceira hipótese vinda de elencar, não parece poder ser, *de iuri constituto*, liminarmente rejeitado – no fundo, considera esta corrente que o crédito litigioso é controvertido e por isso inexigível no momento da apresentação do requerimento da insolvência, conquanto fora posto em crise na ordem jurídica com a contestação oferecida pelo Réu na acção declarativa (ou mesmo com a oposição do Executado em sede oposição execução) prévia ao pedido de insolvência.

Todavia, adiantando-nos, igualmente nos parece que o texto legal, na sua globalidade, consente, e quiçá exige, diferente interpretação.

Desde logo, as decisões que citámos e o pensamento que lhe subjaz parecem não perceber que o efeito desta sentença condenatória é a declaração da insolvência²⁸ e não a fixação (rectius: reconhecimento) do crédito para efeitos de execução universal, tanto mais

²⁸ Cfr. artigo 36.º do CIRE (Sentença de declaração de insolvência).

que o credor requerente não fica eximido, como os demais credores, de ir reclamar e ver reconhecido, em sede e altura própria, a existência do seu crédito²⁹.

Do mesmo modo, estamos em crer que a realidade prescrita no n.º 1 do artigo 3º na definição da “*situação de insolvência*” não se pode confundir nem tolher a possibilidade de um credor (cujo crédito não esteja vencido), sabendo da situação de insolvência, vir alertar a Ordem Jurídica dessa realidade, dessa forma se protegendo, assim como aos demais credores do requerido.

Por fim, chama-se à colação um outro acórdão que ilustra um fundamento que perpassa nesta tese da *legitimidade restrita* e que é o do “receio” do uso abusivo do processo de insolvência – por vezes entremeado com invocações de incompetência material alegado pelos próprios tribunais de comércio.

Decidiu assim a Relação do Porto: “*porque os autos se configuram, mais que como um processo de cariz falimentar ou insolvente, antes como um processo de incumprimento contratual, em que a Requerente ainda terá que ver definido o âmbito do seu direito. (...) Pelo que haverá que aguardar pela definição dos direitos dos credores (...) e não partir para uma declaração do estado de insolvência, que não está pensada como definidora de direitos ou protectora de bens (para o que os interessados têm ao seu dispor procedimentos cautelares adequados, ‘maxime’ o arresto)*”³⁰.

Esta perspectiva, por tudo quanto já se foi dizendo e pelo que adiante se desenvolverá deverá soçobrar, também face ao princípio da suficiência do tribunal para conhecer todas as questões que interessem à decisão da causa, dada a natureza de processo especial que o CIRE comporta.

²⁹ Cfr. n.º 3 do artigo 128.º e seguintes do CIRE.

³⁰ Acórdão de 15/09/2009, proc. 2851/09.1TBVFR.P1, in www.dgsi.pt

E) TESE DA LEGITIMIDADE AMPLA

“o crédito invocado pelo requerente até pode ser litigioso, discutindo-se a sua existência no processo de insolvência, como aliás acontece com os créditos reclamados pelos restantes credores, nos termos do processo de verificação de créditos.”³¹

Como se alcança do excerto vindo de citar, outra corrente jurisprudencial defende que não há razão objectiva para obstaculizar que o titular de um crédito litigioso interponha um pedido de declaração de insolvência, i.e., tal circunstância não lhe retira legitimidade processual nem material.

Por outras palavras, os obstáculos aventados nos acórdãos que supra deixámos citados ora são refutados ora subalternizados perante uma argumentação que se arreda dos arquétipos anteriores ao CIRE e que, *percebendo* a estrutura e o(s) desígnio(s) últimos do Código não vêem óbices a que o pedido de declaração de insolvência possa ser levado a cabo por um credor que se estriba num crédito controvertida.

Absolutamente arredada fica, natural e logicamente, a exigência da prévia munção de um título executivo.

Assim decidiu a Relação de Guimarães, que deixou escrito: *“O facto da acção que corre no Tribunal de Trabalho, não estar ainda decidida não retira a qualidade de credor ao requerente.*

Face ao disposto no art. 20º do CIRE, não é exigível que o requerente se tenha de munir de uma sentença para poder provar a existência do seu crédito.”³²

Intuiu-se já pelo que se fomos dizendo ao longo deste trabalho que é esta a perspectiva que acolhemos e para a qual procuraremos, nos próximos capítulos, deixar o nosso modesto contributo.

Por essa razão e por questões de economia deste Relatório, no presente capítulo dar-se-á nota de referências jurisprudenciais que seguem esta tese, reservando-se para o capítulo subsequente a análise mais aprofundada da retórica argumentativa que a informa.

³¹ Acórdão da Relação de Évora, de 10/05/2007, exarada no proc. 840/07-3, consultável em www.dgsi.pt.

³² Acórdão da Relação de Guimarães, de 18/12/2006, exarado no proc. 2338/06-2, consultável em www.dgsi.pt.

Desde logo aproveite-se o que de forma sintética sumariou a Relação de Coimbra em Acórdão de 24/11/2009³³: *“Crédito Litigioso: O facto de existir uma acção cível em que o Autor pede a condenação do Réu a pagar-lhe uma dívida e este último contesta a sua existência, não retira legitimidade a esse Autor para instaurar uma outra acção a pedir a insolvência do Réu, alegando, nos termos do n.º 1 do artigo 20.º do CIRE, ser titular do mesmo crédito”*.

As razões de ser para a adopção da *tese da legitimidade ampla* são várias. Deste Acórdão retiram-se as duas seguintes: *“As razões que se podem alegar para admitir o credor condicional a requerer a insolvência, valem também para o credor de crédito litigioso.*

Com efeito, se se obrigasse o credor litigioso a esperar que o seu crédito fosse declarado por sentença transitada, poderia dar-se o caso de, na data do trânsito, o património do devedor já não existir.”

O mesmo Tribunal, em novo acórdão, oferece-nos um contributo adicional, chamando à colação o elemento literal e teleológico do artigo 20.º do CIRE:

“(…) perante a redacção de tal normativo [no nº1 do artigo 20 do CIRE], somos levados a concluir que, o entendimento perfilhado pela srª juiz a quo não encontra qualquer respaldo ou guarida nem na letra, nem no espírito da lei, tal como se exige no artº 9º do CC.

Não encontra guarida no espírito, porque, conforme ressalta do próprio preâmbulo do DL nº 53/2004 de 18/3 (que aprovou o actual CIRE), o objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente e célere, dos direitos dos credores (os quais são, como é sabido, os alvos privilegiados da atenção dada por tal diploma legal).

*Não encontra guarida na letra, ou seja, não encontra na letra da lei o mínimo de correspondência verbal, sendo que as duplas expressões pronominais ali empregues, “por qualquer credor” e “qualquer que seja a natureza do seu crédito”, não deixam, qualquer margem para a interpretação seguida na sentença recorrida. Sendo que onde a lei não distingue, não deve ser o intérprete a fazer essa distinção.”*³⁴.

³³ Relação de Coimbra em Acórdão de 24/11/2009, proc. 1896/09.6TBPBL.C1, consultável em www.dgsi.pt.

³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26/05/2009, proferido no processo 602/09.0TJCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

Por seu turno, o Acórdão Relação de Évora citado no arranque do presente capítulo³⁵ argumenta que *“pese embora o CIRE exija que o crédito do Requerente esteja vencido, não exige que o mesmo esteja reconhecido por decisão judicial ou por reconhecimento do devedor, o que quer dizer que o crédito invocado pelo requerente até pode ser litigioso, discutindo-se a sua existência no processo de insolvência.*

Daí que nada obste a que um crédito litigioso, por incumprimento de um contrato-promessa, possa ser invocado pelo requerente da insolvência, discutindo-se a existência do mesmo no âmbito do processo de insolvência do devedor, como aliás acontece com os créditos reclamados pelos restantes credores, nos termos do processo de verificação de créditos”.

Apesar de o desiderato a que chega o Acórdão vindo de citar, permitimos discordar do aspecto particular aí plasmado de que *“o CIRE exija que o crédito do Requerente esteja vencido”.*

O que o Código exige é que, para que a insolvência seja decretada, o devedor esteja impossibilitado de cumprir as obrigações vencidas.

Não se vê razão lógica para coarctar o direito de acção do titular de um crédito não vencido, tanto mais que, com a sentença declaratória, se vencem todas as obrigações do insolvente (cfr. artigo 91.º do CIRE).

Neste sentido, pode ler-se da Relação de Coimbra³⁶ a fundamentação de que *“O vencimento interessa à matéria da suspensão de pagamentos do insolvente, pois a própria alínea a), do n.º 1, deste artigo 20.º, se refere a «obrigações vencidas».*

Mas, como se disse, o crédito do credor que instaura a acção de insolvência não tem de estar vencido, pode ser até condicional.

A suspensão do pagamento das dívidas que ele alegue é que têm de estar vencidas, não o crédito que invoca para justificar a sua legitimidade.”

Alinhado pela tese da legitimidade ampla e esclarecendo de forma exemplar que jamais a circunstância de o crédito se mostrar litigioso poderá levar ao indeferimento liminar da p.i., como retro se viu ser sustentado, deixou sumariado a Relação do Porto que:

³⁵ Identificado na nota de rodapé nº 29.

³⁶ Acórdão de 24/11/2009, já citado e identificado na nota 33 supra.

“I- A atribuição de legitimidade para deduzir o pedido de insolvência apenas ao credor cujo crédito não tenha sido contestado, restringiria, grave e injustificadamente, o meio de tutela jurisdicional do direito crédito — seja do requerente da insolvência seja dos demais credores do requerido - representado pela insolvência.

II- É ao autor ou requerente que compete assegurar o preenchimento dos pressupostos processuais, desde logo a legitimidade ad causam e para isso é indispensável que se lhe assegure a possibilidade de realização da prova, no processo de insolvência, dos factos correspondentes, se estes forem controvertidos.”³⁷

Neste, verdadeiramente douto, acórdão acrescenta-se que a adopção da tese da legitimidade restrita levaria ao indesejado paroxismo de *“que bastaria ao devedor, ainda que de forma patentemente infundada, contestar o crédito do requerente para se concluir pela ilegitimidade do requerente e, conseqüentemente, para se obviar à declaração de insolvência”*.

Continuando a acompanhar o mesmo aresto, concordamos na íntegra quando nele se afirma que *“a exigência de que o crédito não tenha sido contestado para que se reconheça legitimidade ao credor para requerer a insolvência conduz a incoerências valorativas materialmente injustificadas.”*

Desde logo que, por força da lei, *“Já está adquirida à certeza que o carácter condicional do crédito – seja a condição suspensiva ou resolutivo – não tolhe a legitimidade do requerente da insolvência”* admitindo-se por isso ao credor cujo crédito não se encontra constituído a possibilidade de (com sucesso, desde que verificados os demais pressupostos) ver declarada a insolvência do devedor.

“Depois,” continua o Acórdão, *“a lei não estabelece, no tocante aos credores reclamantes, qualquer restrição quer quanto à natureza do crédito e aos seus fundamentos quer quanto à sua pacificidade, admitindo, sem qualquer limitação, a reclamação, por exemplo, de créditos públicos e de créditos laborais ainda por mais controvertidos ou contestados que estes se mostrem (artºs artºs 128 nº 1, 131, 134, 135, 136, 139 e 140 nºs 1 e 2 do CIRE).”*

Para concluir: *“Portanto, se a apelante, em vez de requerer a declaração de insolvência tivesse reclamado o seu crédito na insolvência já declarada, é indiscutível que tanto a*

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26/01/2010, proferido no processo 97/09.8TYVNG.P1, disponível em www.dgsi.pt

natureza do seu crédito quer o seu carácter controvertido nenhum obstáculo colocariam à admissibilidade da reclamação e da verificação dele. Então, que razão material bastante justifica ou sequer explica a diferença de tratamento do mesmo crédito, com as mesmas características, num caso e noutro? Bem: nenhuma.”

Por último, deixamos nota do que sumariou o Tribunal da Relação de Lisboa³⁸, em que se sustenta que 2. *O facto de o crédito ser litigioso não lhe retira legitimidade processual para requerer a insolvência do pretendo devedor, devendo-lhe, ser permitido, em regra, no processo de insolvência a produção de prova com vista à demonstração do seu crédito”*

Deste acórdão resulta uma “precaução” que se crê ser de ponderar na abordagem à questão e que, paradoxalmente, não encontra grande eco nas decisões em que se sustenta a tese da legitimidade restrita, e que se prende com a estrutura processual simplificada da fase declarativa do processo de insolvência.

Com efeito, e não obstante se pugnar pelo princípio da suficiência do processo insolvencial para a resolução das questões que se submetem à consideração do Tribunal, não poderá deixar de se sopesar a constatação de que, por razões óbvias, a fase declarativa do processo de insolvência é menos garantística (tanto ao nível de articulados, como de prazos, como de meios de prova, como de possibilidade de recursos) do que o processo declarativo *normal*.

Por essa razão, este acórdão da Relação de Lisboa deixou também sumariado que *“Contudo, a prova a produzir no âmbito de tal processo com vista à determinação da existência do crédito do requerente não poderá deixar de ser uma prova sumária, sendo que, por força dos princípios de urgência e celeridade que lhe subjaz, o processo não atribui às partes as garantias de um processo declarativo comum.”*

Não cremos, todavia, que tal constatação seja, por si só, impeditiva do desencadear do processo de insolvência por parte do titular de um crédito litigioso. Desde logo, porque esta asserção não depende do facto de o crédito estar ou não impugnado.

Mas também, e principalmente, porque cumpre não confundir a declaração da insolvência (que é o pedido do requerente) com a declaração do crédito e a condenação no seu pagamento (que nesta fase processual não se discute).

³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26/01/2010, proferido no processo 1498/09.7TYLSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt

Aqui chegados, e já com uma perspectiva ampla do assunto, prossigamos pela defesa da resposta que cremos ser de dar ao problema que nos colocámos e que, fomo-lo dizendo, se nos afigura ser aquela que não recusa a legitimidade (substantiva) ao titular do crédito controvertido para requerer a declaração da insolvência do seu devedor.

F) POSIÇÃO ADOPTADA

O facto de o crédito de que o requerente se arroga para intentar o pedido de insolvência do seu devedor ter sido previamente impugnado em sede de contestação a uma acção declarativa ou em sede de oposição a uma execução intentada não restringe a sua legitimidade substantiva.

Por maioria de razão, a dedução de oposição no processo de insolvência, por si só, não terá tal efeito.

Aderimos, pois, com as reservas pontualmente anotadas, ao teor dos acórdãos que no capítulo precedente se invocaram em defesa da tese da *legitimidade ampla*.

Procuremos, nos capítulos seguintes, acrescentar a essa argumentação outros contributos que se nos afiguram pertinentes para reforçar a adopção por esta posição.

G) O PROCESSO DE INSOLVÊNCIA COMO PROCESSO ESPECIAL

O art.1º do CIRE dispõe que: *“o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores, ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência, que nomeadamente se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”*.

Em face desta formulação legal sustenta LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO³⁹, colhendo os ensinamentos a que aí alude de CASTRO MENDES e JESUS DOS SANTOS, que estamos perante uma acção executiva, conquanto a insolvência visa a reparação efectiva de direitos de crédito através de mecanismos coactivos.

Ainda assim, esse Autor não deixa de reconhecer que se trata de uma *“execução com características especiais, já que é de uma execução colectiva (...) genérica ou total (...) que resulta de um processo especial”*.

Entre essas especialidades destaca a circunstância de ser *“uma execução com larga incidência de elementos declarativos, como a declaração de insolvência, a oposição à insolvência e a verificação e graduação de créditos.”*, adiantando de seguida: *“Tal não afecta, no entanto, a sua qualificação como processo executivo”*.⁴⁰

Já CATARINA SERRA⁴¹, em posição que preferimos, defende que o processo de insolvência não se resume a uma espécie do processo de execução, antes, consistindo num processo especial e autónomo que partilha segmentos executivos e declarativos próprios.

Para esta Autora, a insolvência, atentos os valores em presença e a sua estrutura adjectiva, é configurada como um processo especial, definido como *“uma noção que o legislador lançou mão para regular processualmente, de maneira particular, o processo referente a todas aquelas questões de direito substantivo que ofereçam quaisquer particularidades”*.⁴²

³⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, Direito da Insolvência, Almedina, 2009, pp. 18 -19.

⁴⁰ No mesmo sentido, LUÍS M. MARTINS, *Processo de Insolvência*, Almeida 2ª Edição, 2010, p. 59

⁴¹ CATARINA SERRA, *“A falência no quadro da tutela jurisdicional do direito de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português”*, Coimbra Editora, 2009, p. 227 e ss.

⁴² GERMANO MARQUES DA SILVA, *“Curso de Processo Civil executivo – acção executiva singular, comum e especial”*, pp. 17 – 18, cit. in CATARINA SERRA, *“A falência no quadro da tutela...”*, p. 59,.

Vale isto por dizer que “os processos especiais são formas de processo especialmente concebidas e vocacionadas para a declaração ou realização de alguns direitos em particular” e que “os processos especiais são tantos quantos os (estes) direitos reclamam”⁴³.

Convergindo com esta opinião, ISABEL ALEXANDRE expõe que “os aspectos que tornam o processo de especial face ao processo civil, ao nível da respectiva tramitação, têm de ser objecto de pesquisa no CIRE, já que a sua sistematização básica nada indicia a propósito. Dela decorre apenas a existência de uma fase declarativa e de uma fase executiva”⁴⁴.

Esta autora, salienta que “A sistematização do CIRE não realça também as especialidades do processo de insolvência, não apenas ao nível da tramitação, mas também aos pressupostos processuais e aos princípios, caso as haja.

No entanto, a existência de um código regulador do processo de insolvência aponta no sentido de que tais especialidades foram subentendidas pelo legislador”⁴⁵

MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO⁴⁶ doutrina que o processo de insolvência é “um processo especial autónomo, isto é, com a respectiva disciplina substantiva e processual regulada em diploma autónomo – o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

Para além disso, trata-se de um processo com uma feição multidisciplinar, que se situa na fronteira entre o Direito Civil (Direito Obrigacional, Direito da Família, Direito do Sucessório), o Direito Comercial, o Direito do Trabalho, o Direito Processual Civil e Penal, etc”.

Tal natureza justifica-se na medida em que o que se pretende com o pedido de declaração de insolvência não é o acautelar de uma posição subjectiva do credor requerente, nem apenas, salvo o devido respeito, como defende MENEZES LEITÃO a “obtenção de providências relativas à satisfação do direito violado”.⁴⁷

Pretende-se mais.

Com a insolvência visa-se o despoletar dos mecanismos previstos nesse processo tendo primordialmente em vista, é certo, a prossecução da defesa da generalidade dos credores do requerido, colectivamente considerados.

⁴³ CATARINA SERRA, ob. cit., p. 60.

⁴⁴ ISABEL ALEXANDRE, “O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”, in Themis, 2005, Ed. Especial, p. 45

⁴⁵ Idem, ibidem, p. 46.

⁴⁶ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “Manual de Direito da Insolvência”, Almedina, 2ª Ed., 2010, p., 14

⁴⁷ MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 19.

Mas também – e ainda que mediatamente – prossegue-se a defesa dos interesses públicos relacionados com a concorrência económica, com a “saúde” do tecido económico e empresarial nacional, e, em última análise com a protecção do Estado-Fisco.

Neste enquadramento, podemos concluir que, quer pelos objectivos específicos que prossegue, quer pela plêiade de ramos do direito que abarca, quer ainda pela sua natureza de processo especial não se pode negar que ao processo de insolvência é inerente o princípio da suficiência, a significar a extensão da competência material tribunal para conhecer de todas as questões relevantes para a decisão.

Com efeito, e como deixou expandido o Tribunal da Relação do Porto⁴⁸ *“O pedido de insolvência não está, quanto à natureza do crédito, sujeito a qualquer restrição quanto à competência do tribunal, i.e., na insolvência podem ser actuados quaisquer créditos, ainda que o tribunal da insolvência não seja materialmente competente para a sua apreciação. Verifica-se, por isso, uma extensão da competência material do tribunal da insolvência.*

Esta extensão justifica a admissibilidade do pedido da insolvência por créditos públicos, como é o caso dos créditos fiscais, ou de créditos laborais.

De resto, essa extensão de competência ocorre em todos os processos concursais, i.e., em todos os processos em que haja lugar ao concurso de credores, dado que é admissível a reclamação de créditos públicos e também por exemplo, de créditos laborais seja na execução singular pendente seja na insolvência em curso (artº 864 nº 1 a) do CPC e 128 nº 1 do CIRE).

E no mesmo acórdão pode ainda ler-se que escamotear tal entendimento *“contrasta vivamente com um princípio estruturante do processo civil, i.e. de um princípio, que lhe é indispensável, e de que o processo de insolvência, naturalmente, também partilha: o da auto-suficiência - quer este seja entendido no sentido de tutela provisória da aparência, de harmonia com a qual em matéria processual, vale como realidade para o efeito de se determinar se essa aparência corresponde ou não à realidade, quer com o significado de que o processo de insolvência é, em regra, o lugar adequado ao conhecimento de todas as questões cuja solução se revele necessária para a decisão a tomar - a declaração de*

⁴⁸ Acórdão proferido no âmbito do proc. 97/09.8TYVNG.P1 /TRP, supra identificado na nota 35.

insolvência (artº 96 nº 1 do CPC⁴⁹).”

E, assim sendo, como é, conclui-se que o Processo de Insolvência é sede própria para dirimir a questão (que pode ser suscitada pelo requerido como meio de defesa) de saber se o requerente é ou não credor do requerido, carácter que lhe confere legitimidade substancial para interpor a demanda.

Ainda por força do princípio da suficiência, somos levados a considerar que a circunstância de se encontrar pendente acção onde o crédito invocado pelo requerente está a ser discutido não impede que a sua legitimidade seja discutida no âmbito da fase declarativa do processo de insolvência.

Não se coloca pois, no caso vertente, a possibilidade de se estar perante uma situação de prejudicialidade, nem tão-pouco se afigura relevante a possibilidade de ocorrerem contradições entre a decisão a proferir na acção onde o crédito é contestado e na acção de declaração de insolvência.

Com efeito, a eventual contradição não terá relevância jurídica prática para efeitos de legitimidade do credor requerente do pedido de insolvência.

É que, enquanto uma decisão respeita à legitimidade para pedir a insolvência, a outra respeita ao mérito da própria relação jurídica.

Tanto assim que a sentença que reconheça, em outro processo, o crédito ao requerente da insolvência, não comporta o seu reconhecimento no confronto com os restantes credores do insolvente (o que decorre desde logo do disposto no n.º 3 do artigo 128.º do CIRE onde se dispõe que a verificação dos créditos “*tem por objecto todos os créditos sobre a insolvência, qualquer que seja a sua natureza e fundamento*”, incluindo, portanto, aqueles que já constam de sentença transitada).

⁴⁹ Que se transcreve e que é directamente aplicável ao processo de insolvência por força do artigo 17.º do CIRE: Artigo 96.º CPC: (Competência do tribunal em relação às questões incidentais) 1 - *O tribunal competente para a acção é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem e das questões que o réu suscite como meio de defesa.* 2 - *A decisão das questões e incidentes suscitados não constitui, porém, caso julgado fora do processo respectivo, excepto se alguma das partes requerer o julgamento com essa amplitude e o tribunal for competente do ponto de vista internacional e em razão da matéria e da hierarquia.*

H) ESTRUTURA DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA À LUZ DO CIRE

O processo de insolvência é um “*processo de natureza mista, pois inicialmente surge como um processo declarativo (visa a apreciação e declaração de uma situação de insolvência), para, depôs da declaração de insolvência, surgir com uma feição executiva (apreensão e liquidação do activo para pagamento dos credores)*”⁵⁰

Neste enfoque “*os credores têm, no processo de insolvência, dois poderes de acção judicial fundamentais: o poder de propor a abertura do processo / requerer a declaração de insolvência (cf. art. 20.º, n.º 1 do CIRE) e, uma vez aberto o processo / declarada a insolvência, o poder de reclamar o(s) seu(s) crédito(s) (cfr. art. 128.º do CIRE)*”⁵¹.

A vertente executiva surge – e com relevo para o problema em mérito – apenas nesse segundo poder de acção judicial, iniciada com a reclamação dos créditos (apenso que pode nem chegar a existir, no caso, p.ex. da insolvência com carácter limitado).

E nessa sede, disse-se já, em nada aproveita ao requerente o facto de ter interposto a acção, pois que terá, como os demais credores, de reclamar, justificar e, se necessário, provar o seu crédito.

H.1) A tramitação do segmento declarativo do CIRE tendente à declaração de insolvência

Como sinteticamente ensina ISABEL ALEXANDRE⁵² “*Sendo a declaração de insolvência requerida por um sujeito diverso do devedor (arts. 20.º e 25.º do CIRE) e não tendo havido indeferimento liminar (artigo 27.º do CIRE) procede-se em regra à citação do devedor (artigo 29.º do CIRE), que pode deduzir oposição (artigo 30.º do CIRE), bem como à audiência de discussão e julgamento (artigo 34º do CIRE). Só depois é proferida a Sentença (artigo 34, n.º 8 e 36 e seguintes do CIRE)*”.

⁵⁰ MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, ob. cit., p. 13.

⁵¹ CATARINA SERRA, “A falência no quadro da tutela...” 252-253.

⁵² ISABEL ALEXANDRE, ob. cit., p. 52.

O requerente credor deverá, para além de justificar a sua legitimidade, alegar e propor-se a provar pelo menos um dos factos-índice previstos no artigo 20.º do CIRE, os quais, como supra se disse, são presunções elidíveis da situação de insolvência do devedor.

O n.º1 do artigo 20.º do Código prescreve, sob a epígrafe “Outros legitimados” que “*1 - A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas, por qualquer credor, ainda que condicional e qualquer que seja a natureza do seu crédito, ou ainda pelo Ministério Público, em representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados, verificando-se algum dos seguintes factos: (...)*”.

Por seu turno, o artigo 23.º do Código, no seu n.º 1 comanda que “*1 - A apresentação à insolvência ou o pedido de declaração desta faz-se por meio de petição escrita, na qual são expostos os factos que integram os pressupostos da declaração requerida e se conclui pela formulação do correspondente pedido.*” (o pedido, note-se, é, tão-só, o decretamento da insolvência do requerido).

Adicionalmente, e em matéria que contenderá já com a (prova da) legitimidade material ou substantiva, o artigo 25º do Código exige que “*1 - Quando o pedido não provenha do próprio devedor, o requerente da declaração de insolvência deve justificar na petição a origem, natureza e montante do seu crédito (...) e oferecer com ela os elementos que possua relativamente ao activo e passivo do devedor.; 2 - O requerente deve ainda oferecer todos os meios de prova de que disponha, ficando obrigado a apresentar as testemunhas arroladas, cujo número não pode exceder os limites previstos no artigo 789.º do Código de Processo Civil.*”

O requerimento é de imediato conclusivo ao Juiz que, para o que aqui importa, “*Indefere liminarmente o pedido de declaração de insolvência quando seja manifestamente improcedente, ou ocorram, de forma evidente, excepções dilatórias insupríveis de que deva conhecer oficiosamente*” (al. a) do nº 1 do artigo 27º do Código)

Considerando que tal indeferimento não ocorre – solução que, todavia, é frequente no caso de que nos ocupamos – o requerido é citado para deduzir oposição nos termos do artigo 30º do Código.

Importa para a questão em apreço no presente Relatório o nº 3 desse inciso legal que prescreve que “*A oposição do devedor à declaração de insolvência pretendida pode basear-*

se na inexistência do facto em que se fundamenta o pedido formulado ou na inexistência da situação de insolvência.”

Em anotação a este meio de defesa do devedor, e a propósito da legitimidade do Requerente, sustentam CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA⁵³ que o Requerido poderá impugnar o requerimento de insolvência, alicerçando a sua oposição “*simplesmente na ocorrência de excepções dilatórias insupríveis, ou na inexistência dos créditos que o autor se arroga para fundamentar a sua legitimidade*”.

Na mesma linha, e expressamente aderindo (por remissão de nota de rodapé), à posição vinda de citar, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO⁵⁴ sustenta que “*uma vez que a legitimidade deve ser provada pelo requerente, parece que bastará ao devedor tornar duvidosa a existência do crédito para que o tribunal tenha de indeferir o requerimento da insolvência, sem prejuízo de o credor continuar a poder instaurar processo judicial para cobrança desse crédito*”.

O segmento citado começa logo por aventar, na própria jurisprudência, a ideia de que a questão se coloca no âmbito da legitimidade *processual*, já que a expressão utilizada – *indeferir* o requerimento da insolvência –, reconduz a uma decisão de forma e não de mérito, caso que, em rigor, se deveria falar de absolvição do pedido, numa óptica de legitimidade *material*.

Cremos mesmo ser mais infeliz a redacção do excerto citado do que propriamente a posição desse Autor por referência ao que o mesmo deixa expendido, na mesma obra, a propósito do sentido e alcance da oposição do requerido e da audiência de julgamento a que se reporta o artigo 35.º do Código.

É que, a esse pretexto, MENEZES LEITÃO sustenta que “*A lei atribui legitimidade para requerer a declaração de insolvência a qualquer credor, ainda que condicional, e qualquer que seja a natureza do crédito. É, assim, necessário, para se poder requerer a declaração de insolvência apenas a existência do crédito, não se exigindo que o mesmo esteja vencido, e muito menos que o credor possua título executivo, devendo o credor justificar na petição inicial, a natureza, origem e montante do crédito (art. 25º, nº1), tendo que fazer prova do mesmo (art. 25º, nº2). A prova do crédito pode ser realizada por qualquer meio,*

⁵³ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, ob. cit, pág. 170, anotação 3 ao art.º 30.º.

⁵⁴ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob cit, pp. 143 -144.

designadamente por testemunhas, apresentação do contrato que o gerou, ou documentação da conta-corrente"⁵⁵.

Ou seja, se por um lado, aventa o Autor que bastará um *princípio de contra-prova* por parte do apontado devedor para que o requerimento de insolvência seja indeferido, a outro passo vem pugnar pela apreciação, em sede de audiência de julgamento, da prova sobre a legitimidade (material) do credor requerente, a significar, no caso da falência da mesma, a procedência da oposição e consequente indeferimento do pedido de declaração formulado na p.i.. (e isto sem que o Tribunal tão pouco seja chamado a pronunciar-se sobre a verificação dos factos que sejam alegados sobre a situação insolvencial em si mesma – sem prejuízo, claro, dos poderes conferidos ao Ministério Público enquanto requerente legitimado e do dever do insolvente à sua apresentação, respectivamente nos termos do art.º 20º e do art.º 18º do Código).

Temos para nós que esta última posição é a que resulta claramente do encadeamento normativo vindo de elencar.

Todavia, vimo-lo já, que não são raras as decisões judiciais, mesmo as secundadas pela segunda instância, que, perante o problema em estudo e citando o primeiro dos excertos citados, defendem o indeferimento liminar do requerimento de declaração de insolvência (no caso do crédito desde logo ser alegado como *litigioso*), ou a absolvição do pedido (perante a simples situação de impugnação do crédito invocado, o que o torna *controvertido* nos próprios autos de insolvência).

Na audiência de julgamento, e pressupondo que não haverá lugar a despacho liminar, são, pois, produzidas as provas sobre os factos que requerente e requerido alegaram, e, de seguida, é proferida a Sentença que declara, ou não, o requerido como insolvente.

De notar que, como já deixámos referido, todo este tramitar se caracteriza pela celeridade pretendida na definição da situação controvertida.

Assim, para além da natureza urgente do processo de insolvência (cfr. artigo 9.º do CIRE), este caracteriza-se pela estatuição de prazos curtos (10 dias para a dedução de oposição, cfr. nº1 do artigo 30.º do CIRE) pela limitação do número de testemunhas a 10 (cfr. artigo 798 do Código de Processo Civil, aplicável *ex vi* n.º 2 do artigo 25.º do CIRE) e pela

⁵⁵ Idem. ibidem, p. 128.

impossibilidade de recurso ordinário para o Supremo Tribunal de Justiça (artigo 14.º do CIRE).

Tal constatação parece dar suporte à teoria da legitimidade restrita, na medida em que, inquestionavelmente, existe na fase declarativa do processo de insolvência um conjunto de limitações processuais que significam um enfraquecimento das armas processuais que são conferidas às partes num processo ordinário (seja ele de que natureza for).

Todavia, não se nos afigura ser de dar especial relevo a esta situação na medida em que, por um lado, as regras processuais são idênticas quer o crédito seja litigioso, quer não o seja. Depois, porque, reafirma-se, na fase declarativa do processo insolvencial o pedido não é a condenação do requerido no pagamento, nem, tão pouco, a sentença que dê provimento ao pedido servirá de título executivo.

E isto ponderado há que ter em conta, acima de tudo, que o processo pretende é, mais do que saber se o requerente é ou não titular do crédito de que se arroga, definir se o requerido está numa situação de insolvente.

Por outras palavras, a preocupação de uma defesa em sede de oposição que deposite a sua força na circunstância de o crédito invocado ser um suposto crédito – e não na prova da solvência do requerido – estará (ainda que a coberto da lei) a dirigir-se ao acessório e não ao fundamental.

Creemos ser aplicável ao que vem de se dizer a seguinte asserção de CATARINA SERRA⁵⁶, “*Divergindo o processo de insolvência quanto à base e quanto ao fim não é aceitável a sua redução automática ao quadro geral da tutela jurisdicional dos direitos de crédito, ele apresenta particularidades que exigem uma construção especial*”.

Vale isto por dizer que, também por esta razão, defendemos que a interpretação a dar à questão em apreço no presente trabalho há-de ser a que de forma mais eficaz se mostre consentânea com o objecto do processo, e com o que primordialmente importa nesta fase declarativa, que é saber se o requerido está, ou não, à luz do Código, numa situação de insolvência.

Obstar a que tal apreciação seja realizada por efeito de uma interpretação apertada (e cremos que forçada) do *pressuposto* legitimidade não será, na nossa óptica, a melhor forma de se entender o Código e de realizar a Justiça que o mesmo prossegue.

⁵⁶ CATARINA SERRA, “A falência no quadro da tutela...”, p. 315.

H.2) A reclamação de créditos e a sentença de verificação e graduação de créditos.

Em face do ante dito, é apodítico que a primeira fase do processo insolvencial prevista no CIRE se dirige à declaração do estado de insolvência do requerido, e que o seu decretamento importa a declaração da insolvência e não a fixação (*rectius*: reconhecimento) do crédito para efeitos de execução universal.

Tanto mais quando o credor requerente não fica eximido, como os demais credores, de ir reclamar e ver reconhecido, em sede e altura própria, o pagamento do seu crédito, i.e., nas palavras de CATARINA SERRA *“o credor requerente não fica exactamente dispensado daquele que é o ónus geral dos credores concursais: só vem a obter pagamento pelas forças da massa insolvente se o crédito puder considerar-se reclamado”*⁵⁷.

Por essa razão se defende que *“quando se trata de um credor, ele pode requerer o início do processo independentemente do incumprimento, da mora ou mesmo do vencimento do respectivo crédito, sem que isso possa ser visto como um desvio ao disposto no artigo 817.º do Código Civil: ele não está, nesse momento, a agir executivamente.”*⁵⁸

A reclamação dos créditos é o momento processual posterior ao decretamento da insolvência, sendo a convocação dos credores para tanto um dos efeitos imediatos da sentença de insolvência (cfr. al. j) do artigo 36.º do Código).

Com efeito, *“após a sentença da declaração de insolvência tem lugar a fase da verificação do passivo. A verificação do passivo constitui um processo declarativo que corre por apenso ao processo de insolvência, compreendendo as fases da reclamação de créditos (artigos 128º e ss), o saneamento (artigo 136.º), instrução (artigo 137.º), discussão e julgamento da causa (artigos 138.º e 139.º) e sentença (artigo 140º).”*⁵⁹.

Ora, todos os credores, incluindo o requerente da insolvência, que almejem ser parte na execução universal (ou partes beneficiárias do eventual plano de insolvência que os credores eventualmente aprovem) que se seguirá à verificação do passivo têm (salvo a excepção da acção, autónoma, de reconhecimento ulterior de créditos – artigo 146º) de requer o reconhecimento, do seu crédito justificando todos os caracteres e provando-o perfunctoriamente perante o Administrador da Insolvência.

⁵⁷ CATARINA SERRA, *“A falência no quadro da tutela...”* pp. 263 - 264.

⁵⁸ Idem, Ibidem, p. 264.

⁵⁹ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, ob. cit., p. 239.

Ao Administrador da Insolvência, por sua vez, cabe apreciar esses requerimentos e provas e elaborar listas dos créditos reconhecidos e não reconhecidos.

Segue-se prazo para a impugnação do reconhecimento ou do não reconhecimento indevido e, após parecer da comissão de credores e operadas as cominações previstas no CIRE, é marcada tentativa de conciliação, de carácter judicial, seguida de despacho saneador.

Quedando-se impugnações por decidir, e após a eventual instrução do processo com diligências probatórias que se tenham por convenientes, há lugar ao julgamento das pretensões deduzidas pelo credores reclamantes impugnantes, o qual segue as regras do processo declarativo sumário.

Após a realização da audiência de discussão e julgamento, segue-se a sentença de verificação e graduação de créditos.

Só neste momento se encontra constituído o título executivo, universal ou plural, que permite confere aos credores reconhecidos a expectativa de ver ressarcidos os seus créditos no âmbito da *execução universal do património do insolvente*.

Demonstrado, pois, que “a sentença da declaração de insolvência não equivale a um título executivo, pois o pagamento aos credores só pode ser efectuado com base na sentença de verificação e graduação de créditos”⁶⁰, e após o controlo da sua pretensão pelo Administrador, dos credores, do próprio devedor e do Juiz, dúvidas não restam que o julgamento da existência do crédito na fase anterior à declaração da insolvência não confere qualquer direito subjectivo ao credor requerente da insolvência que estribe a sua legitimidade com base num crédito controvertido.

E assim sendo, não se vê razões substanciais para o impedir de, o mais atempadamente possível, alertar a Ordem Jurídica para a situação de insolvência do requerido.

A tese da legitimidade ampla é, assim, a que mais eficientemente prossegue o objectivo do processo insolvencial.

⁶⁰ CATARINA SERRA, “A falência no quadro da tutela...” p. 314.

I) O DESIDERATO DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA.

O Preâmbulo daquele Decreto-Lei que aprovou o CIRE deixou expresso que *O objectivo precípua de qualquer processo de insolvência é a satisfação, pela forma mais eficiente possível, dos direitos dos credores.*”.

É reconhecido na doutrina que o CIRE procedeu a uma alteração do paradigma seguido pela legislação falimentar portuguesa que lhe antecedeu.

Desde logo abandonaram-se as concepções que, a todo o custo e com custos elevados para o erário público e para os credores, propugnavam pela recuperação de devedores inviáveis.

Abandonou-se, em síntese, a concepção segundo a qual a protecção do insolvente e a manutenção da empresa era o objectivo central do direito insolvencial, centrando-se a tónica no credor, maxime pela prioridade da satisfação dos seus interesses. Hoje é comum afirmar-se que os são estes os donos do processo, na medida em que está nas suas mãos determinar qual o meio (liquidação ou recuperação) lhes é mais conveniente.

Como sucintamente caracteriza LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS⁶¹ “*O novo diploma revela uma filosofia básica diversa do anterior, centrando-se unicamente na satisfação do interesse dos credores (...) A recuperação da empresa, privilegiada no Código precedente, é meramente um instrumento para o referido fim. Não como no CPEREF, o resultado a ser alcançado de forma prioritária sempre que a empresa declarada insolvente fosse economicamente viável e financeiramente recuperável*”. (552/

Concorda-se também com o Autor quando, reflectindo sobre esta alteração de paradigma, afirma que “*A protecção do tecido empresarial e da própria economia do país passa, numa economia de mercado, na nossa perspectiva, por salvaguardar os projectos empresariais viáveis (que assumem a veste de credores do insolvente), criando estímulos à rápida retirada do mercado que já não podem cumprir (...) também não parece ajustado impor, a não ser dentro de limites estritos, em nome da recuperação de uma empresa*

⁶¹ LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “*O novo regime insolvencial da compra e venda*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2006, p. 552.

*sacrifícios aos seus credores que os debilitem. Nessa medida, a orientação da lei parece, em geral, adequada.”*⁶²

Complementarmente, deixou exarado o Supremo Tribunal de Justiça⁶³ que “*a finalidade do processo não se resume à apreensão dos bens do património do insolvente para posterior liquidação e pagamento dos credores (...) relevam também, entre outros fins, o saneamento do mercado, expurgando-se as empresas ou pessoas singulares económica ou financeiramente inviáveis, e a produção de vários efeitos decorrentes da declaração de insolvência como o vencimento imediato de todas as obrigações do insolvente.*”

É neste enquadramento (binómio protecção dos credores / protecção do tecido empresarial) que, em nossa opinião, se deve levar a cabo a tarefa exegética e de aplicação do Código.

É, portanto, de clamar que em face de duas interpretações juridicamente aceitáveis, se prossiga aquela que mais célere e eficazmente promove a declaração de insolvência dos entes jurídicos incapazes de honrar as suas obrigações vencidas.

Creemos, pois, que *absolver* o requerido insolvente pelo facto de o crédito em que o requerente funda a sua legitimidade à luz do artigo 20.º do CIRE se mostrar controvertido se prefigura contrário à *mens legis* do Código, sacrificando quer o credor requerente, quer os demais credores (que, porventura, poderão não ter sequer noção da situação insolvencial do requerido).

Com efeito, fazer depender a legitimidade da resolução de um litígio anterior (ademais em período de crise económica e de grande litigiosidade como a que hoje em dia vivemos) só beneficia, em sentido contrário ao que se pretende, o devedor relapso, que encontra na argumentação da *legitimidade restrita* um cavalo de Tróia para se esquivar às consequências da declaração de insolvência.

Concordamos, por isso, com CATARINA SERRA quando afirma que “*da consciência de que o interesse público (também) é titulado no processo de insolvência deve o aplicador do direito retirar as consequências devidas; no momento de integrar as lacunas e em toda a actividade de interpretação das normas aplicáveis (directa ou subsidiariamente) aos processo de insolvência*”⁶⁴.

⁶² Idem, ibidem, p. 553.

⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14/11/2006, proc. 06A3271, in www.dgsi.pt

⁶⁴ CATARINA SERRA, “A falência no quadro da tutela...” p. 448.

J) CONCLUSÃO

“não se exige título executivo por o crédito ser posteriormente verificado, bastando um juízo sumário para se determinar a legitimidade do credor”

A citação com que principiamos estas conclusões, deixada há quase meio século por PEDRO DE SOUSA MACEDO⁶⁵ bem poderia ser o escorço do presente estudo.

De facto, e não obstante a sua *antiguidade*, nela se encerra, em extrema síntese, uma visão hodierna do tema que nos propomos analisar à luz do direito insolvencial vigente.

Propusemo-nos a reflectir, em face da constatação da jurisprudência desencontrada de que demos conta, sobre a questão de saber se um requerente que invoca um crédito sobre o requerido e esse crédito se afigurar litigioso se encontra legitimado para requerer a declaração da insolvência; numa segunda linha, se essa legitimidade é de afastar pelo facto de o crédito invocado ser, tão-só, contestado pelo requerido.

Partimos assim, da hipótese em que o requerente da insolvência, previamente a requerer a declaração judicial da insolvência de um seu devedor, havia interposto acção declarativa para ver o seu direito de crédito judicialmente reconhecido e o mesmo havia sido contestado.

Respondemos afirmativamente à questão colocada, por não vislumbrarmos na letra nem no espírito da lei razões que coarctem o direito de acção ao credor pelo facto de o seu crédito estar controvertido.

Justificamos a adopção por aquela que intitulámos *legitimidade ampla* na interpretação literal do artigo 20º, na estrutura processual e na *mens legis* do Código – e neste particular enfoque na constatação de que a eficácia do processo da declaração da insolvência está, naturalmente, associada à detecção ou denúncia precoce desse estado.

Estamos seguros de que a legitimidade do requerente em nada contente com o art. 3º do Código, assim como que não se exige que o credor-requerente se muna de um título executivo para esse efeito.

Temos por certo que o facto de o crédito não estar estabilizado na ordem jurídica de forma a poder ser, à data da interposição do pedido de declaração insolvência, exigível ou

⁶⁵ PEDRO DE SOUSA MACEDO, *Manual do Direito da Falência*, vol. I, Almedina, 1964, p. 383

determinado se afigura despiciendo, perspectivada que seja a questão à luz dos objectivos prosseguidos com o processo insolvencial.

Com efeito, a fase declarativa do processo judicial de insolvência não constitui uma acção declarativa com vista à condenação do requerido no pagamento do crédito invocado pelo requerente (tão-pouco uma execução singular, visando a cobrança coerciva desse crédito), antes tem como escopo a declaração de um estado de insusceptibilidade de cumprimento das obrigações vencidas do requerido.

A posição subjectiva do credor requerente enquanto *beneficiário* das medidas de tutela e ressarcimento do seu crédito no âmbito do processo de insolvência, sempre terá de ser, como as dos demais credores, apurada em sede de verificação e reconhecimento de créditos, no apenso ao processo de insolvência que se destina a verificar o passivo do requerido, em momento posterior à prolação da sentença de declaração de insolvência.

Ora, nem na fase de reclamação de créditos, exige o Código que os créditos já estejam declarados: nos termos do disposto no art.128º do CIRE, tanto podem reclamar o seu crédito os credores munidos de título executivo, como os que não o estão.

Não se pode, por isso, falar de um uso ilegítimo ou extemporâneo do processo de insolvência com o requerimento apresentado pelo requerente credor titular de um crédito litigioso, já que *“as posições subjectivas do lado activo só ficam plenamente identificadas com a sentença de graduação de créditos, conquanto na sentença de declaração de insolvência falta aquilo que é característica dos títulos executivos: a função de certificação de direito individuais”*⁶⁶

Assim, e por maioria de razão, nada justifica que o credor, logo ao requerer a insolvência – numa fase puramente declarativa, tenha que ter o seu crédito indiscutido.

E, para o efeito, visto que o pedido e a causa de pedir da acção declarativa e a da insolvência não se confundem, não há sequer o perigo de contradição de julgados.

De facto, se, como defende CATARINA SERRA⁶⁷ *“a primeira fase do processo de insolvência consubstancia-se numa espécie de tutela antecipada dos credores (dos credores desconhecidos, dos indiferentes e dos incertos) ou para adoptar a terminologia de Nicola Vaeger, uma tutela de “interesses de série” (ou a de Renzo Provincialli, uma tutela de “interesses de categoria”) o seu despoletamento quer-se o mais célere e expedito possível*

⁶⁶ CATARINA SERRA, “A falência no quadro da tutela...”, p.. 263

⁶⁷ Idem, loc. cit..

em ordem a prosseguir os objectivos do CIRE – a protecção dos credores e do tecido económico.

Por essa razão, continua CATARINA SERRA *“de modo algum propor a abertura do processo de insolvência / requerer a declaração de insolvência equivale a propor a abertura do processo de execução / requerer uma execução. Desde logo porque o processo de insolvência pode ser aberto por iniciativas de sujeitos que não são titulares de direitos de crédito.*

Ou seja, *“aquilo que o autor, seja ele quem for, pretende é a obtenção de uma sentença judicial que declare a situação de insolvência e desencadeia o funcionamento dos mecanismos judiciais adequados às necessidades especiais de tutela criados por aquela situação.*

Está, portanto, sempre em causa o exercício de um direito de acção judicial declarativa e não o exercício de um poder de execução.

Daí que, quando se trata de um credor, ele pode requerer o início do processo independentemente do incumprimento, da mora ou mesmo do vencimento do respectivo crédito.

Vale isto por dizer, concluindo como a Autora que vimos acompanhando, que a declaração de insolvência *“consubstancia-se tão só num pressuposto da sua [cobrança do crédito] eventual realização; esta terá lugar quando o poder de acção executivo do credor tiver sido verificado com a formação do título executivo concursal”*.⁶⁸

Aqui chegados, concluímos que objectivamente nada obsta a admitir-se a possibilidade de que um auto intitulado credor (e que acredita que o será, tanto que moveu os meios judiciais declarativos para obter título executivo) a cujo conhecimento, na pendência dessa acção, tenham chegado factos demonstrativos da situação de insolvencial do seu devedor, possa vir alertar a *comunidade* desses factos.

Cremos ter ficado demonstrado que não há razões normativas, sistemáticas ou lógicas que justifiquem – pelo contrário – a improcedência do pedido de declaração de insolvência pelo facto de o crédito em que o requerente da declaração da insolvência estar a ser discutido em acção própria intentado com o fito de obtenção de um título executivo.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 262 - 264).

Em suma, não se concebe que o credor titular de um crédito litigioso seja penalizado no seu direito de acção por ter lançado mão da máquina judiciária quando ainda não tinha conhecimento da situação insolvencial do requerido (ou mesmo porque o requerido, aquando da interposição da acção declarativa, não se encontrava impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas).

Por fim: o objectivo último do processo de insolvência (a tutela dos direitos do credor) e, inerentemente, a importante função económica e social que o mesmo encerra (de expurgar do mundo empresarial devedores relapsos) deve inculcar, ao intérprete e ao aplicador do Código, em caso de dúvida ou lacuna, a adopção pela via que mais eficazmente o satisfaz.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRE, ISABEL, “*O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença*”, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, “*Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência*”, 2005 (p. 43-80).
- ASCENSÃO, OLIVEIRA, “*Efeitos Sobre os Negócios em Curso*”, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, “*Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência*”, 2005 (pp.105-130).
- BOTELHO, JOÃO, “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Notas de Jurisprudência*”, Livraria Petrony, s/d.
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO, “*Manual de Direito da Insolvência*”, Almedina, 2ª Ed., 2010.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO E LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, 2005.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *Direito da Insolvência*, Almedina, 2009.
- MACEDO, PEDRO DE SOUSA, *Manual do Direito da Falência*, vol. I, Almedina, 1964
- MARTINS, LUÍS M., *Processo de Insolvência*, Almedina, 2ª edição, 2010.
- PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, Vol. I, Almedina, 5ª Edição, 2008.
- SERRA, CATARINA, “*A falência no quadro da tutela jurisdicional do direito de crédito – o problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no direito português*”, Coimbra Editora, 2009.
- SERRA, CATARINA, “*A falência, a recuperação de empresas e o novo paradigma da insolvência – Uma Introdução*”, Almedina, 4ª Ed., 2010.
- SUBTIL, RAPOSO, *CIRE Anotado*, Vida Económica, 2ª Edição, 2006.
- VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE, “*O novo regime insolvencial da compra e venda*”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, 2006 (pp. 521-559).

Todos os acórdãos citados tiveram como fonte o sítio www.dgsi.pt.